Morais Leitão
Galvão Teles
Soares da Silva

NEWSLETTER

Direito Europeu e Direito da Concorrência

Artigos

O fim do princípio? O *Brexit* seis meses depois

O que é nacional (e não afete o comércio transfronteiriço) é bom: Comissão Europeia publica decisões relativas a medidas locais de apoio público que não constituem auxílios de Estado

Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da UE considera que o recurso da Intel, no proc. C-413/14P, contra a coima de 1,06 mil milhões de euros deve ser julgado procedente

Autoridade da Concorrência alcança a sua primeira vitória no âmbito do "esmagamento de margens"

Acórdão do Tribunal Constitucional dividido quanto ao efeito não suspensivo dos recursos sobre decisões condenatórias da Autoridade da Concorrência

MLGTS publica *Lei da Concorrência Anotada*

Contribuição Especial: Mattos Filho Advogados

Autoridades concorrenciais brasileiras emitem novas regras sobre Contratos Associativos

N.º 25, Dezembro 2016/Janeiro 2017

O fim do princípio? O *Brexit* seis meses depois

Carlos Botelho Moniz

Pedro Gouveia e Melo

Decorridos mais de seis meses do referendo de 23 de junho de 2016, no qual a maioria dos eleitores britânicos votou pela saída do Reino Unido da União Europeia (UE), não se produziu ainda qualquer alteração no seu estatuto enquanto Estado-Membro de pleno direito da UE.

Com efeito, até que seja celebrado um acordo de saída, na sequência do processo estabelecido no Tratado da União Europeia, a legislação europeia, bem como todos os direitos e obrigações que dela resultam, continuam a aplicar-se plenamente ao Reino Unido.

Segundo o Governo britânico o processo deverá iniciar-se formalmente até ao fim do próximo mês de março, devendo em princípio conduzir à saída do Reino Unido da UE até março de 2019. No entanto, os termos do acordo de saída e da nova relação do Reino Unido com a UE permanecem ainda rodeados de alguma incerteza.

O processo de saída

O direito de secessão e o processo de saída de um Estado-Membro da UE encontram-se previstos no artigo 50.º do TUE desde a entrada em vigor, em 2009, do Tratado de Lisboa. Este processo, que é agora aplicado pela primeira vez, constitui a base jurídica para a negociação e efetivação da saída do Reino Unido da UE.

O processo deve ser iniciado pelo Estado-Membro que pretende retirar-se da UE através da notificação formal ao Conselho Europeu da sua intenção de sair. A entrega desta notificação desencadeia a contagem de um prazo de dois anos para o Estado-Membro e a UE negociarem as condições da saída. Após o termo do prazo de dois anos, mesmo na ausência de acordo o Estado deixa automaticamente de ser membro da UE, a não ser que o Conselho Europeu, por unanimidade, consinta em prorrogar tal prazo.

Não existe qualquer prazo para a designada "notificação do artigo 50.º", pelo que o momento da sua apresentação é sobretudo uma decisão de natureza política.

Após grande controvérsia no Reino Unido sobre a competência do Governo para apresentar esta notificação, no passado dia 24 de janeiro o Supremo Tribunal do Reino Unido confirmou, no acórdão *Miller*, que os princípios da Constituição (não escrita) do Reino Unido impedem o Governo de decidir unilateralmente iniciar o processo de saída, nos termos do artigo 50.º do TUE, sem a aprovação prévia do Parlamento britânico[1].

Na sequência do acórdão *Miller* foi entretanto apresentado um projeto de lei ao Parlamento com vista a autorizar o Governo a submeter a notificação do artigo 50.º[2], o que pretende fazer até ao fim do próximo mês de março[3].

1 R (*Miller*) *v Secretary of State for Exiting the European Union*, [2016] EWHC 2768 (Admin) e [2017] UKSC 5, disponível em <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union/>.

2 European Union (Notification of Withdrawal) Bill 2016-17, apresentada a 26 de janeiro de 2017.

3 BBC, 2 October 2016, *Brexit: Theresa May to trigger Article 50 by end of March*, <http://www.bbc.com/news/uk-politics-37532364>.

Nos últimos meses surgiram vários apelos, sobretudo no Reino Unido, ao início de negociações informais com as instituições europeias antes da notificação formal do artigo 50.º. No entanto, os Chefes de Estado e de Governo dos restantes 27 Estados-Membros, bem como os presidentes do Conselho Europeu e da Comissão, declararam perentoriamente que *"não pode haver qualquer tipo de negociações até ter sido feita esta notificação"*[4], e o Presidente da Comissão anunciou ter proibido os comissários e diretores-gerais da Comissão de iniciar conversações com representantes britânicos enquanto não fosse apresentada a notificação formal[5].

Uma vez recebida a notificação, nos termos do artigo 50.º o Conselho Europeu deve adotar orientações para as negociações de um acordo com o Reino Unido. Na prática, é provável que as negociações sejam conduzidas pela Comissão Europeia, em representação da UE, e pelo Governo do Reino Unido. O resultado de tal negociação deverá ser um acordo, materializado na celebração de um Tratado entre a UE (a 27) e o Reino Unido, que estabeleça as condições detalhadas da saída do Reino Unido, igualmente *"tendo em conta o quadro das suas futuras relações com a União"*. No entanto, o âmbito preciso das negociações para a saída, e em que medida as mesmas deverão abranger as relações futuras do Reino Unido com a UE (que poderão ser objeto de um acordo separado), permanece em aberto e deverá ser objeto de acordo entre as partes.

Após negociado, o acordo de saída deverá ser aprovado pelo Parlamento Europeu (por maioria simples) e celebrado pelo Conselho da UE (deliberando por maioria qualificada, sem o Reino Unido). O acordo deverá subsequentemente ser ratificado pelo Reino Unido, de acordo com as suas disposições constitucionais nacionais.

As estimativas para a duração das negociações variam consideravelmente. Na campanha que antecedeu o referendo, o Governo britânico declarou que seria necessária *"mais de uma década"* para negociar a saída da UE, os termos da relação futura com a UE e os acordos internacionais com países terceiros, pois os acordos internacionais em que a UE é parte deixarão de vigorar no Reino Unido após a saída deste da União[6].

O Governo britânico declarou recentemente que pretende concluir um acordo sobre a relação futura com a UE até março de 2019, a que se seguirá um processo de implementação faseado, no qual tanto o Reino Unido como as instituições europeias e os Estados-Membros se adaptarão gradualmente aos termos da nova relação que tiver sido acordada, e cuja duração poderá depender da ma-

4 Declaração da "Reunião informal a 27", Bruxelas, 29 de junho de 2016, disponível em <http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/06/29-27ms-informal-meeting-statement/>, n.º 3.

5 O grupo "Far Deal for Expats" anunciou a intenção de atacar esta "decisão presidencial" nos tribunais da União (BBC, "*Brexit: British expats sue EU's Juncker over talks*", 7 de outubro de 2016, <http://www.bbc.com/news/world-europe-37586587>).

6 *The process for withdrawing from the European Union*, de 29 de fevereiro de 2016, disponível em <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/504216/The_process_for_withdrawing_from_the_EU_print_ready.pdf>, parágrafo 3.11.

téria em questão (ex. controlos de imigração, cooperação em matéria criminal ou regulação de serviços financeiros)[7].

Possíveis modelos para a relação Reino Unido-UE

Foram avançados vários modelos existentes como base para a relação futura entre o Reino Unido e a UE:

• **O "modelo norueguês": adesão à Associação Europeia do Comércio Livre (EFTA) e ao Acordo do Espaço Económico Europeu (EEE)**, a fim de assegurar o acesso ao mercado interno europeu[8]. No entanto, enquanto membro do EEE o Reino Unido estaria obrigado a aplicar, designadamente, a legislação europeia em matéria da livre circulação de pessoas, uma das principais questões controversas no contexto do referendo, bem como a contribuir financeiramente para o funcionamento da UE, em medida a determinar (deixando contudo de beneficiar dos fundos europeus, reservados aos Estados-Membros).

• **O "modelo suíço": aderir apenas à EFTA**, à semelhança da Suíça, o único membro desta associação que não aderiu ao EEE. A Suíça mantém em vigor um conjunto de acordos bilaterais com a UE que lhe proporcionam acesso a determinadas áreas do mercado interno europeu. Significativamente, porém, os acordos em vigor com a Suíça não incluem serviços financeiros, que são essenciais para a economia do Reino Unido. A Suíça aceitou igualmente o princípio da livre circulação de cidadãos da UE.

• **Um acordo de comércio livre bilateral, como os celebrados com o Canadá ou com Singapura**[9]. Estes acordos bilaterais, quando entrarem em vigor, proporcionarão um acesso praticamente integral ao mercado interno de mercadorias e um acesso parcial ao mercado interno de serviços, embora não incluam a livre circulação de pessoas. Os países exportadores devem respeitar as regras europeias quando exportem para a UE, mas como Estados terceiros não têm qualquer influência sobre a adoção das mesmas.

• **Prevalecer-se das regras da Organização Mundial do Comércio (OMC)** para continuar a negociar com a UE. Enquanto membro da OMC, o Reino Unido poderá negociar acordos comerciais com outros membros, incluindo a UE. No entanto, enquanto tais acordos não entrassem em vigor o Reino Unido deverá praticar tarifas e condições de tratamento em termos de igualdade a todos os membros da OMC (ao abrigo do princípio da "Nação Mais Favorecida"). As exportações do Reino Unido para a UE ficariam ainda sujeitas às tarifas da pauta aduaneira comum.

7 Theresa May, "*The government's negotiation objectives for exiting the EU*", discurso de 17 janeiro de 2017, Lancaster House, Londres, disponível em <https://www.gov.uk/government/speeches/the-governments-negotiating-objectives-for-exiting-the-eu-pm-speech>.

8 O EEE, que inclui os 28 Estados-Membros da União e três dos quatro Estados da EFTA (Islândia, Liechtenstein e Noruega) prevê a aplicação da legislação da UE em diversos domínios, incluindo as quatro liberdades, embora não abranja políticas como a agricultura, emprego e assuntos sociais ou justiça e assuntos internos

9 A UE e o Canadá assinaram a 30 de outubro de 2016 o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), que terá ainda que ser aprovado pelo Parlamento Europeu e pelos parlamentos nacionais antes de entrar em vigor (<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/>). As negociações com Singapura foram concluídas a 17 de outubro de 2014 e o acordo rubricado aguarda ainda a aprovação da Comissão Europeia, bem como o acordo do Conselho e a ratificação do Parlamento Europeu.

O futuro: o que sabemos

Durante vários meses após o referendo as pretensões do Governo britânico permaneceram rodeadas de algum mistério. Os membros do Conselho Europeu (sem o Reino Unido) e o Presidente da Comissão exprimiram o desejo de que o *"Reino Unido seja um parceiro próximo da UE"*, advertindo todavia que *"qualquer acordo que for celebrado com o Reino Unido terá de basear-se num equilíbrio entre direitos e obrigações"*, e em particular que *"[o] acesso ao mercado único exige a aceitação das quatro liberdades"* (livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais)[10].

No passado dia 17 de janeiro a Primeira-Ministra britânica proferiu um discurso no qual pretendeu clarificar as pretensões do Reino Unido quanto aos termos da saída da UE, tendo definido um conjunto de princípios que, embora gerais, são em todo o caso bem-vindos por permitirem conhecer com maior clareza o que poderá ser a posição britânica nas negociações que se avizinham[11].

Em particular, **o Governo britânico reconhece que não terá acesso integral ao mercado interno após sair da UE**, pois considera essencial (i) retomar o controlo pleno sobre as suas fronteiras, o que implica a possibilidade de restringir a entrada e permanência dos cidadãos da UE no seu território, e (ii) "assumir controlo sobre as leis do Reino Unido", ou seja, afastar a competência dos tribunais da União Europeia para interpretar as leis e regulamentos que se aplicam no Reino Unido.

Por outro lado, o Reino Unido pretende negociar um **"acordo ambicioso de comércio livre" com a UE**, mantendo liberdade de negociação com outros países terceiros. Isto significa que a Grã-Bretanha equaciona fixar as suas próprias tarifas aduaneiras no âmbito da OMC, o que será incompatível com a sua permanência (pelo menos em termos plenos) na União Aduaneira europeia.
A Primeira-Ministra britânica reconheceu ainda, como acima vimos, a necessidade de **um período transitório para implementar de forma faseada a saída do Reino Unido da UE**, após março de 2019, com vista a permitir a preparação dos agentes económicos e dos cidadãos, britânicos e da UE, para as alterações significativas que se produzirão no quadro legislativo e regulatório aplicável.

À luz do pensamento do Governo britânico, parecem excluídas as hipóteses de o Reino Unido aderir ao EEE, tal como a Noruega, ou permanecer na EFTA e celebrar um conjunto de acordos bilaterais para aceder ao mercado interno europeu, como a Suíça, pois em ambos os casos estes países terceiros aceitam a livre circulação dos cidadãos da União. É possível que o Reino Unido tente negociar e celebrar um acordo de comércio livre bilateral com a UE (a exemplo do Canadá). Contudo, tendo em conta a complexidade das negociações de saída, e as tensões que estas poderão originar entre o Reino Unido e alguns dos 27

10 Cf. a Declaração da "Reunião informal a 27", Bruxelas, 29 de junho de 2016, *cit.*, n.º 4.

11 Cf. a nota 7.

Estados-Membros que permanecerão na União Europeia, levam a que um cenário provável, pelo menos no curto prazo, possa ser o de o Reino Unido ser forçado a negociar com a UE ao abrigo das regras gerais da OMC.

Independentemente dos termos concretos da futura relação entre a UE e o Reino Unido que venham a ser negociados, o direito da UE continuará a produzir certos efeitos no Reino Unido. Por exemplo, as empresas britânicas que desenvolvam atividade na UE continuarão a estar sujeitas às normas europeias sobre especificações técnicas (*standards*) ou em matéria de concorrência. Assim, mesmo após a saída da UE, em diversas áreas a autonomia do legislador britânico será fortemente condicionada pela necessidade de assegurar a continuidade da relação próxima da economia britânica com as empresas e investidores europeus.

No entanto, as opções que serão tomadas nas negociações a iniciar em breve terão um impacto profundo nas relações dos cidadãos e empresas europeus com o Reino Unido e o mercado britânico, em múltiplas áreas, desde os serviços financeiros às regras sobre insolvência, propriedade intelectual, relações laborais ou ambiente. É pois importante continuar a seguir com atenção os próximos desenvolvimentos.

À luz do pensamento do Governo britânico, parecem excluídas as hipóteses de o Reino Unido aderir ao EEE, tal como a Noruega, ou permanecer na EFTA e celebrar um conjunto de acordos bilaterais para aceder ao mercado interno europeu, como a Suíça, pois em ambos os casos estes países terceiros aceitam a livre circulação dos cidadãos da União

O que é nacional (e não afete o comércio transfronteiriço) é bom: Comissão Europeia publica decisões relativas a medidas locais de apoio público que não constituem auxílios de Estado

Joaquim Vieira Peres

Gonçalo Pereira Rosas

Sempre que um Estado-Membro concede uma vantagem patrimonial, independentemente da forma que assuma, que favoreça certas empresas, setores ou atividades, deve notificar essa ajuda de Estado à Comissão Europeia, quando a mesma distorça a concorrência no mercado e afete o comércio transfronteiriço. As ajudas de Estado são consideradas ilegais à luz do Tratado de Funcionamento da União Europeia, podendo, contudo, ser aprovadas pela Comissão em determinadas circunstâncias, após terem sido notificadas pelo respetivo Estado-Membro.

No âmbito desses poderes, a Comissão Europeia anunciou a conclusão de cinco processos de avaliação da compatibilidade de medidas locais de apoio público em Espanha, Alemanha e Portugal com as regras de auxílios de Estado da União (doravante, as "decisões").

Na decisão relativa à ajuda concedida pelo Estado Português[12], estava em causa uma subvenção de 80% dos custos elegíveis de um projeto para a construção de residências assistidas para idosos, com capacidade total de 60 camas, pela Santa Casa da Misericórdia de Tomar.

Nas decisões sobre as ajudas concedidas pelo Estado espanhol, a Comissão analisou duas medidas de apoio a línguas regionais – o Basco e o Valenciano[13]. Em ambos os casos, o Estado espanhol pretendia conceder apoios financeiros a meios de comunicação locais que utilizassem as respetivas línguas nas suas publicações.

Já as ajudas concedidas pelo Estado alemão[14] prendiam-se com apoios financeiros (*i*) à construção de diversas instalações desportivas no complexo "Sportcamp Nordbayern", na região da Baviera, que se destinavam a ser utilizadas essencialmente por escolas, clubes desportivos sem fins lucrativos e atividades sociais ou pedagógicas e (*ii*) à renovação e modernização das infraestruturas no porto da ilha Föhr (com apenas 8.000 habitantes) que é utilizado quase exclusivamente para o aprovisionamento da mesma através de um serviço de ferries a partir do território continental alemão, durante todo o ano.

As decisões vêm confirmar que um Estado-Membro pode aplicar, sem controlo prévio da Comissão, determinadas medidas de apoio público, na medida em que as mesmas não afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Estas decisões vêm na sequência de um conjunto de sete casos publicados em 2015 em que a Comissão deu indicações sobre que medidas de apoio público de carácter local não necessitariam de notificação prévia à Comissão Europeia.

Nas suas orientações sobre a noção de auxílio de Estado, de maio de 2016, a Comissão tinha já referido que não se pode considerar que uma ajuda tenha efeitos no comércio transfronteiriço quando:

• A mesma apenas tem impacto numa área limitada no interior de um Estado-Membro;

12 *Vd.* Caso SA.38920, Alegado auxílio estatal à Santa Casa da Misericórdia de Tomar (SCMT), de 9 de agosto de 2016.

13 *Vd.* Caso SA.45512, Alegado auxílio estatal para promoção do Valenciano nos *media*, de 1 de agosto de 2016 e Caso SA.44942, Alegado auxílio estatal aos *media* locais de língua Basca, de 4 de agosto de 2016.

14 *Vd.* Caso SA. 44692, Alegado auxílio estatal ao investimento no Porto de Föhr, de 20 de julho de 2016 e Caso SA. 43983, Alegado auxílio estatal ao BLSV Sportcamp Nordbayern, de 9 de agosto de 2016.

Um Estado-Membro pode aplicar, sem controlo prévio da Comissão, determinadas medidas de apoio público, na medida em que as mesmas não afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros. As decisões da Comissão revelam um alargamento dos casos em que tal acontece por via de uma interpretação mais estrita do conceito de afetação do comércio entre Estados-Membros. No entanto, estas decisões terão ainda que ser confirmadas pelos Tribunais Europeus, cuja prática decisória tem adotado uma interpretação mais ampla daquele mesmo conceito de afetação do comércio intracomunitário.

• Não é suscetível de atrair clientes provenientes de outros Estados-Membros; e

• Não se pode prever que a medida teria um efeito mais que marginal sobre as condições dos investimentos ou do estabelecimento transfronteiriços.

Nas decisões mencionadas, a Comissão começou por referir que, se por um lado, não tem que demonstrar os efeitos reais desses auxílios sobre a concorrência e sobre as trocas comerciais, por outro esse efeito não pode ser meramente hipotético ou presumido. É necessário, por isso, efetuar uma análise dos efeitos previsíveis e concretos da medida no comércio transfronteiriço.

Nas análises que efetuou às medidas supra descritas, a Comissão apontou vários fatores que contribuíram para a conclusão que os efeitos sobre as trocas comerciais intra-União são marginais, entre eles:

• Os serviços prestados pelas entidades em causa eram de natureza meramente local e só se encontravam disponíveis numa zona geográfica restrita;

• O número de beneficiários era limitado;

• Os serviços prestados não apresentavam uma particular atratividade para cidadãos de outros Estados-Membros;

• Os serviços eram prestados nas línguas locais e as comunicações dos operadores em causa tinham apenas dimensão local;

• Não foram apresentadas provas de anteriores investimentos por operadores de outros Estados-Membros; e

• Os serviços apresentavam baixa rentabilidade (o que tornava improvável que estas atividades pudessem atrair investimentos significativos provenientes de outros Estados-Membros).

Esta posição da Comissão aumenta a segurança jurídica dos Estados e operadores económicos nesta matéria, reduzindo os recursos necessários para a implementação deste tipo de apoios e o trabalho burocrático para aprovação dos mesmos, dada a perspetiva mais estrita adotada relativamente ao conceito de afetação do comércio intracomunitário. Contudo, esta terá ainda que ser confirmada pelos Tribunais Europeus, cuja prática decisória tem seguido uma interpretação mais ampla deste conceito. A decisão relativa ao alegado auxílio estatal à SCMT encontra-se em recurso junto do TGUE, pelo que este promete ser um importante julgamento nesta área.

Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da UE considera que o recurso da Intel, no proc. C-413/14P, contra a coima de 1,06 mil milhões de euros deve ser julgado procedente

Eduardo Maia Cadete

Dzhamil Oda

A Comissão Europeia (*Comissão*), por decisão de 13 de maio de 2009[15] (*Decisão*), aplicou uma coima de 1,06 mil milhões de euros à empresa norte-americana Intel, fabricante de microprocessadores, por esta ter alegadamente abusado da sua posição dominante no mercado de unidades centrais de processamento e de arquitetura x86 (*CPUX86*), em desconformidade com o artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (*TFUE*).

De acordo com a Comissão, a Intel abusou da sua posição dominante no mercado mundial de CPUx86 entre outubro de 2002 e dezembro de 2007, mediante a aplicação de uma estratégia destinada a excluir do mercado a Advanced Micro Devices Inc. (*AMD*). A decisão sancionatória da Comissão considerou que a Intel ocupava uma posição dominante com base no facto que a empresa detinha quotas de mercado de cerca de 70% ou mais no período relevante, e de que era muito difícil aos concorrentes entrarem no mercado devido à existência de investimentos irrecuperáveis em investigação e desenvolvimento, em direitos da propriedade intelectual e em unidades de produção. Supostamente o abuso caracterizava-se por medidas adotadas pela Intel junto dos seus clientes (fabricantes de computadores) e de um distribuidor europeu de aparelhos microeletrónicos. Assim, de acordo com a Comissão, a Intel concedeu descontos a quatro dos principais fabricantes de computadores (Dell, Lenovo, HP e NEC) na condição de estes lhe comprarem a totalidade, ou a quase totalidade, de CPUx86 de que necessitavam. Cumulativamente, a Intel concedeu, de acordo com a Comissão, pagamentos a um distribuidor europeu na condição de este vender exclusivamente computadores equipados com processadores x86 da Intel. Segundo a Comissão, estes descontos e pagamentos garantiram a fidelização dos quatro fabricantes e do distribuidor, e reduziram sensivelmente a capacidade dos concorrentes da Intel desenvolverem a sua atividade no mercado.

A Intel recorreu da decisão da Comissão para o Tribunal Geral Da União Europeia (*TGUE*) (processo T-286/09), com vista a obter a respetiva anulação ou, subsidiariamente, uma redução de coima, tendo o tribunal negado *in totum* provimento ao recurso. Com fundamentos-vários, a Intel interpôs recurso do acórdão do TGUE para o Tribunal de Justiça da União Europeia (*TJUE*) – processo C-413/14P, pendente.

Nas conclusões não vinculativas apresentadas em 20 de outubro de 2016, o Advogado-Geral do TJUE , no que respeita ao primeiro fundamento de recurso, considera que o TGUE concluiu que os descontos concedidos à Dell, à HP, à NEC e à Lenovo eram descontos de exclusividade, e que por este motivo não era necessário analisar os respetivos efeitos anti concorrenciais. Neste particular, o Advogado-Geral salienta nas suas Conclusões o princípio decorrente da jurisprudência

15 A síntese da Decisão foi publicada no Jornal Oficial da UE, série C 227, de 22 de setembro de 2009, p. 13.

do TJUE relativo à presunção do caráter abusivo dos *descontos de fidelização*, mas salienta que, em termos práticos, o TJUE tem invariavelmente tomado em consideração *todas as circunstâncias* para determinar se um dado comportamento configura um abuso de posição dominante. Termos em que o Advogado-Geral deflui que o TGUE cometeu um erro de direito ao considerar que os *descontos de exclusividade* constituem uma categoria de descontos autónoma e única, que não exige a apreciação de todas as circunstâncias para se poder estabelecer a existência de um abuso de posição dominante.

Ademais, o Advogado-Geral considera que o tribunal *a quo* cometeu também um erro de direito ao não ter estabelecido, com base em todas as circunstâncias específicas do caso, que os descontos e os pagamentos concedidos pela Intel tinham, muito provavelmente, um efeito de *exclusão da concorrência*. No que respeita ao segundo fundamento da Intel, o Advogado-Geral arrima que o TGUE considerou suficiente realizar uma apreciação global da média da parte do mercado que foi ilicitamente encerrada durante o período entre 2002 e 2007 pela Intel. Como tal, entendeu ser irrelevante que durante os anos de 2006 e 2007 a cobertura do mercado pela Intel tivesse sido consideravelmente inferior. Segundo o Advogado-Geral, ao proceder desta forma, o TGUE afastou o critério da *cobertura suficiente do mercado* e não verificou se o comportamento controvertido era *de facto* suscetível de restringir a concorrência nos anos de 2006 e 2007. No seu entender, caso o TGUE tivesse efetuado essa verificação, teria concluído que uma parte do mercado tão reduzida seria insuficiente para provar a capacidade anti concorrencial do comportamento sancionado, *thema* este que não pode ser solucionado mediante o recurso ao conceito de *infração única* e *continuada*. O Advogado-Geral conclui, assim, que o segundo fundamento do recurso da Intel deve também ser julgado procedente.

De igual modo, no que tange o terceiro fundamento de recurso, o Advogado-Geral reitera que os *descontos de exclusividade* não constituem uma categoria autónoma de descontos. Todavia, mesmo que o TJUE não esteja de acordo com esta interpretação, o Advogado-Geral sustenta que este fundamento deve ser acolhido, uma vez que a existência de descontos de exclusividade deve depender do facto de o cliente se abastecer relativamente à totalidade ou a uma parte importante das suas necessidades junto da empresa dominante, o que não acontece, no seu entender, no caso dos autos, dado que dois dos fabricantes de computadores (HP e LENOVO) podiam adquirir à AMD quantidades significativas de CPUx86.

No que concerne o quarto fundamento de recurso, o Advogado-Geral refere que o direito da UE obriga a Comissão a proceder ao registo das audições efetuadas durante o procedimento sancionatório *jus* concorrencial, o que assegura às empresas sob suspeita de infração das regras de concorrência a possibilidade de organizarem

a sua defesa, e aos tribunais da União a capacidade de fiscalizarem se a Comissão exerce os seus poderes de inquérito em conformidade com o *due process of law*. Assim, segundo o Advogado-Geral, o TGUE cometeu um erro de direito pelo facto de considerar que a Comissão não tinha violado o *due process of law* ao não organizar e ao não registar uma reunião em conformidade com a legislação aplicável. Além disso, o Advogado-Geral entende que esta irregularidade processual não pode ser sanada através de nota interna facultada *a posteriori* pela Comissão, uma vez que essa nota não reflete o teor da reunião que a Comissão manteve com um dirigente de uma empresa fabricante de computadores. O Advogado-Geral considera, assim, que o quarto fundamento da Intel deve igualmente ser julgado procedente. No que respeita ao quinto fundamento de recurso e à questão de saber se a Comissão é competente, em direito internacional, para abrir um procedimento contra a Intel com fundamento no seu comportamento anticoncorrencial, o Advogado-Geral sustenta que não é possível considerar que o alegado abuso da Intel foi executado dentro do Espaço Económico Europeu (*EEE*). Segundo este, o TGUE não examinou se os efeitos anticoncorrenciais decorrentes de certos acordos entre a Intel e a Lenovo eram *imediatos, substanciais e previsíveis* no EEE – por conseguinte, no seu entender, o TGUE cometeu um erro ao aplicar o critério da *execução* e dos *efeitos qualificados* para rejeitar os argumentos da Intel sobre a falta de *competência* da Comissão.

Em síntese, o Advogado-Geral pugna que o acórdão confirmatório do TGUE deve ser anulado e o processo remetido ao tribunal *a quo* para serem examinadas todas as circunstâncias do mesmo e os efeitos reais ou potenciais do comportamento da Intel sobre a concorrência no mercado.

Note-se que as Conclusões do Advogado-Geral não vinculam os juízes do TJUE. A sua missão, nos termos do artigo 252.º, §2, do TFUE, consiste em propor ao TJUE, com toda a imparcialidade e independência, conclusões fundamentadas sobre as causas que nos termos do Estatuto do TJUE, requeiram sua intervenção.

Cumpre agora aguardar para saber se as conclusões não vinculativas do Advogado-Geral, que propõem uma análise material e mais substantiva dos efeitos de condutas supostamente abusivas, agregadas entre o mais a descontos por uma empresa em posição dominante – e em descontinuação de uma análise mais jurídico-formal de per se dos pressupostos associados ao preenchimento dos elementos objetivos do tipo do artigo 102.º do TFUE ao abrigo do atual ***acquis*** *jurisprudencial – são acolhidas pelo TJUE.*

Autoridade da Concorrência alcança a sua primeira vitória no âmbito do "esmagamento de margens"

Luís do Nascimento Ferreira

Leonor Bettencourt Nunes

Introdução

A Autoridade da Concorrência (*AdC*) obteve recentemente, por parte do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (*TCRS*), a primeira confirmação judicial de uma decisão relativa a abuso de posição dominante em resultado de práticas de esmagamento de margens. O acórdão, de 20 de outubro de 2016, será publicado pela AdC no *site* da autoridade, todavia, não se encontra ainda disponível.

O caso em apreço respeitava aos mercados da venda de dados comerciais das farmácias e venda de estudos de mercado baseados naqueles dados, nos quais a AdC alega ter-se verificado um abuso de posição dominante por parte da Associação Nacional de Farmácias (*ANF*) e de três outras empresas do grupo: por um lado, a Farminveste, SGPS, SA e a Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S. A., ambas ativas na venda de dados comerciais das farmácias, e, por outro, a HMR – Health Market Research, Lda., ativa na realização de estudos do mercado farmacêutico.

A AdC iniciou a investigação aprofundada a estes mercados no seguimento de queixa por parte da IMS Health, concorrente no mercado a jusante, que considerou que os preços praticados pelo grupo ANF na venda dos dados comerciais, em conjugação com os preços dos estudos de mercado, impossibilitavam a concorrência, na medida em que não permitiam aos concorrentes ao nível da venda de estudos de mercado, ainda que igualmente eficientes, obter uma margem suficiente para cobrir os seus custos de produção.

Na decisão de condenação adotada em 2015, a AdC concluiu que as entidades em causa utilizaram práticas de esmagamento de margens (*margin squeeze*), de 2010 a 2013, tendo levado a uma exclusão da concorrência no mercado da realização de estudos de mercado e, em última análise, prejudicado os consumidores, no caso em apreço, os laboratórios farmacêuticos que adquiriam os respetivos estudos. A AdC considerou que tais condutas consubstanciavam uma violação grave da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a Lei da Concorrência, assim como do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pelo que aplicou coimas no montante total de EUR 10,34 milhões ao grupo ANF.

Em sede de recurso, o TCRS confirmou, em geral, as conclusões da AdC, tendo, todavia, optado por reduzir o montante da coima total aplicada para EUR 6,89 milhões, em virtude das características do mercado afetado pelas condutas abusivas.

Comentário

O caso em apreço constitui uma importante vitória para a AdC, a qual vem reforçar a tendência verificada nos últimos anos, e evidenciada nas estatísticas disponíveis no mais recente Relatório de Atividades da autoridade, referente ao ano de

2015, de pretensão de consolidação da prática decisória no âmbito das condutas restritivas materializada numa resposta mais célere, investigações mais aprofundadas e decisões mais sólidas e fundadas.

No início da sua atividade, a AdC viu as suas decisões de condenação por abuso de posição dominante serem revertidas pelos tribunais portugueses, tendo mesmo, durante um amplo período, deixado de conduzir novas investigações relativamente a estas condutas. A decisão recente respeitante ao grupo ANF é, assim, o primeiro caso de confirmação judicial relativo a condutas de esmagamento de margens e o segundo de abuso de posição dominante também validado pelos tribunais, já que em 2013 a condenação da Sport TV em EUR 3,7 milhões por abuso no mercado dos canais *premium* de desporto foi confirmada tanto pelo TCRS como pelo Tribunal da Relação de Lisboa (que, todavia, reduziram a coima para EUR 2,7 milhões).

Por último, cumpre ainda sublinhar o impacto da criação do TCRS, em 2012, que dotou a jurisdição nacional de um tribunal especializado em matérias de concorrência, o qual tem igualmente vindo a apresentar melhorias ao nível da celeridade e qualidade das decisões adotadas.

A decisão recente respeitante ao Grupo ANF é o primeiro caso de confirmação judicial relativo a condutas de esmagamento de margens

Acórdão do Tribunal Constitucional dividido quanto ao efeito não suspensivo dos recursos sobre decisões condenatórias da Autoridade da Concorrência

Philipp Melcher

Nuno Igreja Matos

Introdução

Nos termos da Lei n.º 19/2012 (Lei da Concorrência), o recurso de impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência não tem, regra geral[16], efeito suspensivo (artigo 84.º, n.º 4 da Lei da Concorrência). Assim, o destinatário de uma decisão que aplique uma coima (ou outra sanção) deve, em princípio, pagar a coima mesmo que impugne a decisão perante o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão[17] (Tribunal da Concorrência). Este Tribunal apenas pode suspender os efeitos de decisões sancionatórias se: (*i*) tal suspensão for requerida pela empresa visada no momento da impugnação judicial, (*ii*) a execução da decisão causar «prejuízo considerável» à empresa visada, e (*iii*) a empresa prestar «caução em substituição» no prazo fixado pelo Tribunal (artigo 84.º, n.º 5, da Lei da Concorrência).

Deste modo, o atual regime veio reverter a regra geral prevista no anterior diploma legal (Lei n.º 18/2003), nos termos da qual a impugnação judicial de decisões sancionatórias suspendia os efeitos da decisão (artigo 50.º, n.º 1, da antiga Lei da Concorrência), distinguindo-se também da solução prevista no regime geral aplicável aos ilícitos criminais e administrativos, bem como do previsto em vários regimes regulatórios sectoriais.

Esta alteração visou, essencialmente, servir de desincentivo à apresentação de ações judiciais infundadas, motivadas por razões puramente dilatórias. No contexto mais vasto da reformulação da Lei da Concorrência, que introduziu também a previsão de *reformatio in peius*, concedendo ao Tribunal da Concorrência a possibilidade de agravar as coimas aplicadas pela Autoridade (artigo 88.º, n.º 1, da Lei da Concorrência), o legislador procurou ainda reforçar a eficácia e celeridade da aplicação e execução das regras concorrenciais, através da sua autonomização face ao regime geral aplicável aos ilícitos criminais e administrativos e da aproximação ao mecanismos procedimentais previstos no Direito da União Europeia[18], conforme acordado pelo Governo nos termos do Programa de Assistência Económica e Financeira.

Todavia, atenta, em particular, a frequente dimensão punitiva das coimas aplicadas pela Autoridade da Concorrência, estas alterações legislativas vêm sendo criticadas por violarem direitos fundamentais garantidos na Constituição, em particular a garantia da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da Constituição) e os direitos de acesso aos tribunais e à proteção judicial efetiva (artigos 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 4, da Constituição).

Em dois recentes processos, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela primeira vez sobre esta questão. Contudo, enquanto no Acórdão n.º 376/2016, de 8 de junho de 2016, a 3.ª Secção deste Tribunal considerou que o regime do artigo 84.º, n.os 4 e 5, da Lei da Concorrência, não violava os direitos fundamentais em

16 A única exceção a esta regra está prevista para as decisões que apliquem medidas de caráter estrutural consideradas indispensáveis para pôr fim às práticas restritivas ou aos seus efeitos, tendo em conta o seu carácter frequentemente irreversível.

17 O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão é o tribunal competente, em primeira instância, para apreciar os recursos de impugnação judicial das decisões da Autoridade da Concorrência (artigo 84.º, n.º 3, da Lei da Concorrência).

18 Artigo 278.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e artigo 31 do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho.

causa, no Acórdão n.º 674/2016, de 13 de dezembro de 2016, a 1.ª Secção do mesmo Tribunal subscreveu a posição oposta.

Contexto

Ambos os processos tinham por base decisões sancionatórias da Autoridade da Concorrência, nos termos das quais a Autoridade aplicou coimas por prestação de respostas incompletas a pedidos de informação[19], o que constitui uma contraordenação nos termos do artigo 68.º, n.º 1, alínea *i*), da Lei da Concorrência. As empresas visadas impugnaram judicialmente as decisões perante o Tribunal da Concorrência e requereram a atribuição de efeito suspensivo aos seus recursos, alegando que o regime do artigo 84.º, n.os 4 e 5, da Lei da Concorrência, infringia os seus direitos fundamentais. Alternativamente, ofereciam ainda a caução exigida nos termos do n.º 5 do mesmo artigo.

Em ambos os casos, o Tribunal da Concorrência concluiu que o regime dos n.os 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência violava direitos fundamentais, em particular os direitos de acesso aos tribunais e à proteção judicial efetiva, uma vez que não se previa a possibilidade de atribuição discricionária de efeito suspensivo, e ainda por essa atribuição estar dependente de prestação de caução em substituição, independentemente da situação financeira da empresa visada. Em consequência, acolheu a alegação das visadas e recusou a aplicação do artigo 84.º, n.os 4 e 5, da Lei da Concorrência, suspendendo os efeitos das decisões recorridas até à realização do julgamento, com base no regime geral dos ilícitos administrativos (*i.e.*, sem exigir a prestação de qualquer caução).

O Ministério Público recorreu das duas decisões do Tribunal da Concorrência para o Tribunal Constitucional.

O Acórdão n.º 376/2016 da 3.ª Secção do Tribunal Constitucional

No Acórdão de 8 de junho de 2016, a 3.ª Secção do Tribunal Constitucional concluiu que o artigo 84.º, n.os 4 e 5, da Lei da Concorrência, não violava os direitos fundamentais invocados, em particular de acesso aos tribunais e à proteção judicial[20], porquanto:

• O direito à proteção judicial efetiva não se traduzia numa regra geral segundo a qual as ações judiciais contra decisões sancionatórias administrativas devem ter sempre efeito suspensivo, dispondo o legislador de uma ampla margem de liberdade na regulação do procedimento de acesso aos tribunais que apenas poderia ser posta em causa perante dificuldades excessivas ou iniquidades materiais;

• A escolha legislativa constante do artigo 84.º, n.º 4, da Lei da Concorrência, pela regra geral de atribuição de efeito meramente devolutivo, não poderia ser con-

19 Processos n.os INC/2015/1 (Peugeot Portugal Automóveis) e INC/2015/2 (Ford Lusitana). Os pedidos de informação em causa foram requeridos na sequência de uma série de investigações levadas a cabo pela Autoridade da Concorrência em face de suspeitas de violação do artigo 9.º da Lei da Concorrência e do artigo 101.º do TFUE, decorrentes da celebração de acordos entre fabricantes de automóveis e respetivos intermediários/agentes comerciais e oficinas, nos termos dos quais os consumidores não poderiam beneficiar da garantia do fabricante caso tivessem recorrido a oficinas não licenciadas para a manutenção e reparação dos seus veículos. Todas as investigações foram arquivadas na sequência de um compromisso assumido pelas empresas visadas no sentido de pôr fim à prática sob investigação

20 O presente comentário limita-se a sumarizar as principais considerações tecidas pelo Tribunal Constitucional quanto aos direitos fundamentais nos quais se a sua análise centrou.

siderada injusta ou irrazoável, visto que prosseguia o interesse público na eficácia das regras concorrenciais através do desincentivo à apresentação de ações judiciais infundadas e meramente dilatórias, que comprometeriam a defesa desse interesse; e

• A possibilidade, prevista no n.º 5 desse artigo, de suspensão dos efeitos de uma decisão sancionatória, cuja execução causaria «prejuízo considerável» ao visado, e mediante prestação de caução, pela forma e montante julgados adequados ao caso concreto pelo Tribunal, serviria como "válvula de escape", retirando rigidez e automaticidade ao sistema, na medida em que permitiria equilibrar o interesse público e o interesse individual e, ainda, mitigar os riscos de violação do direito à proteção judicial (caso a decisão viesse a ser anulada) sem comprometer a eficácia da coima (caso a decisão fosse confirmada).

Em consequência, a 3.ª Secção deste Tribunal deferiu o recurso do Ministério Público e ordenou o Tribunal da Concorrência a emendar a sua sentença.

O Acórdão n.º 674/2016 da 1.ª Secção do Tribunal Constitucional

Em contraste, no Acórdão proferido a 13 de dezembro de 2016, a 1.ª Secção do Tribunal Constitucional concluiu que o regime do artigo 84.º, n.os 4 e 5, infringia direitos fundamentais, em particular o direito de acesso aos tribunais e à proteção judicial efetiva, porque :

• O regime do artigo 84.º, n.os 4 e 5, da Lei da Concorrência, ao fazer depender a atribuição de efeito suspensivo da existência de um "prejuízo considerável" e da prestação de caução em substituição, está, essencialmente, a obrigar o visado a pagar (pelo menos parcialmente) a coima antes da impugnação judicial, obrigando-o portanto a incorrer (pelo menos parcialmente) num prejuízo considerável; deste modo, está já a restringir o direito de acesso aos tribunais e à proteção judicial;

• Esta restrição é desproporcional e, consequentemente, violadora dos referidos direitos: ainda que adequada a atingir o fim proposto (maior eficácia das regras concorrenciais), ao desincentivar à apresentação de ações judiciais infundadas com intuitos meramente dilatórios, esta medida não se limitava à medida do indispensável para a prossecução desse fim, visto que, em primeiro lugar, o efeito dissuasor já resultava da introdução da possibilidade de *reformatio in peius* e, em segundo, existiam outras medidas, menos restritivas, e igualmente eficazes;

• Em particular, e desde logo, o regime do artigo 84.º, n.os 4 e 5, da Lei da Concorrência — ao não permitir que o juiz dispense o visado de prestar caução e ao não prever qualquer margem de discricionariedade quanto ao montante dessa caução,

que deve sempre corresponder ao montante da coima aplicada —, seria menos restritivo se abdicasse dessa rigidez e automaticidade em favor da concessão de uma margem de discricionariedade ao juiz; e

• Mesmo que se pudesse concluir pela necessidade desta restrição fundamental, ainda assim o sistema seria desproporcional em sentido estrito (excessividade), designadamente por não prever a possibilidade do juiz valorar uma eventual insuficiência dos recursos financeiros das empresas visadas para prestação da caução, impedindo assim esta empresa de beneficiar do efeito suspensivo.

Em resultado, a 1.ª Secção do Tribunal Constitucional indeferiu o recurso do Ministério Público e confirmou a decisão do Tribunal da Concorrência.

Comentário

A decisão de 13 de dezembro de 2016, ao abrigo da qual a 1.ª Secção do Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do sistema previsto no artigo 84.º, n.os 4 e 5, da Lei da Concorrência, é de saudar e marca uma importante inversão da posição adotada no Acórdão da 3.ª Secção, de 8 de junho de 2016.

Um sistema que, por regra, permite a execução de coimas potencialmente drásticas antes da conclusão da apreciação judicial da decisão que a aplica, e que apenas permite a suspensão dessa execução se a mesma causaria um "prejuízo considerável" ao visado e caso este preste caução, independentemente da suficiência dos seus recursos financeiros para o efeito, constitui uma restrição excessiva da garantia da presunção de inocência e do direito à proteção judicial efetiva, em particular se considerado conjuntamente com a possibilidade de *reformatio in peius*.

Acresce que a própria motivação legislativa, no sentido de desincentivar a apresentação de ações infundadas e meramente dilatórias, não aparenta constituir uma justificação válida, na medida em que apenas seria eficaz caso os dados empíricos existentes apontassem para a existência de um número significativo de recursos apresentados com essas características. Contudo, e pelo contrário, a verdade é que se vem verificando, nos últimos anos, uma tendência para a revogação (total ou parcial) de um número considerável das decisões sancionatórias da Autoridade, em particular em casos de maior notoriedade. Adicionalmente, a experiência de outros Estados Membros com um sistema semelhante do recurso de impugnação das decisões sancionatórias da respetiva autoridade da concorrência (*e.g.*, a Alemanha) sugere que a atribuição de efeito suspensivo não afeta a eficácia das sanções impostas.

O Acórdão de dezembro de 2016 merece elogio, não apenas pelas suas conclusões, mas também pelo detalhe com que analisa o regime do artigo 84.º, n.os 4 e 5, da Lei da Concorrência, à luz do princípio da

proporcionalidade, análise essa que contrasta com o exame superficial que guiou o Acórdão de junho de 2016. De facto, apesar da indispensabilidade da eficácia das sanções aplicadas pela violação de normas concorrenciais, e ainda que o legislador goze de uma ampla margem de liberdade na definição da forma de acesso aos tribunais, a solução encontrada deve ser sujeita ao mais apertado escrutínio sempre que redundar na restrição de direitos fundamentais dos visados.

É ainda interessante notar que as distintas conclusões da 3.ª e 1.ª Secção do Tribunal Constitucional parecem basear-se numa distinta interpretação do n.º 5 do citado artigo 84.º. Enquanto a 3.ª Secção entendeu que esta norma permitia ao juiz estabelecer, de acordo com critérios de adequabilidade e de equilíbrio de interesses, a forma e montante da caução a prestar (funcionando assim como "válvula de escape"), a 1.ª Secção considerou que a mesma norma era rígida e automática, retirando ao juiz qualquer discricionariedade (*e.g.*, quanto ao montante da caução, que teria que corresponder ao da coima aplicada), exceto no tocante ao prazo para prestação dessa caução. Em todo o caso, mesmo com base na interpretação da 3.ª Secção, o artigo 84.º, n.º 5, da Lei da Concorrência, não permitiria, ainda assim, a atribuição de efeito suspensivo nos casos de inexistência de "prejuízo considerável" ou, independentemente desse requisito, se o visado não prestasse caução, mesmo nos casos de manifesta ilegalidade da decisão da Autoridade.

No entanto, o Acórdão de 13 de dezembro de 2016 ainda não é definitivo. Dado que as suas conclusões sobre a constitucionalidade do artigo 84.º, n.º 4, 5, contradizem as do Acórdão de 8 de junho de 2016, seria, em princípio, objeto de recurso obrigatório, pelo Ministério Público, ao Plenário do Tribunal Constitucional (artigo 79.º-D, n.º 1, da Lei n. ° 28/82), composto por todos os 13 juízes. Pelas razões acima expostas, a interpretação subscrita no Acórdão de 13 de dezembro de 2016 deve prevalecer. O facto de o Acórdão de 8 de junho de 2016 ter sido apoiado por todos os 5 juízes, conquanto o Acórdão de 13 de dezembro de 2016 resultou de uma decisão de maioria de 3 votos a 2, não indica necessariamente um resultado indesejável, dado que 3 dos 5 juízes que apoiaram o Acórdão de 8 de junho de 2016 foram substituídos entretanto, após o termo dos seus mandatos.

A decisão de 13 de dezembro de 2016, ao abrigo da qual a 1.ª Secção do Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do sistema previsto no artigo 84.º, n.os 4 e 5 da Lei da Concorrência, é de saudar e marca uma importante inversão da posição adotada no Acórdão de 8 de Junho de 2016

MLGTS publica *Lei da Concorrência Anotada*

A MLGTS publicou, em 2016, o livro *Lei da Concorrência Anotada*, com chancela das Edições Almedina.

A obra, editada na Coleção MLGTS, é coordenada por Carlos Botelho Moniz e conta com a participação de Joaquim Vieira Peres, Eduardo Maia Cadete, Gonçalo Machado Borges, Pedro de Gouveia e Melo, Inês Gouveia e Luís do Nascimento Ferreira.

A *Lei da Concorrência Anotada* resulta da experiência que os seus autores acumularam ao longo dos anos, na sua atividade profissional, no tratamento de inúmeros processos relativos à aplicação das normas europeias e nacionais de concorrência e da vontade de partilharem as reflexões decorrentes dessa experiência, procurando dessa forma contribuir, ainda que modestamente, para a consolidação de uma área do direito que só nas últimas décadas começou a ter a atenção devida em Portugal.

Não tendo a pretensão de ser uma obra doutrinária completa sobre o regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a *Lei da Concorrência Anotada* dedica uma atenção especial à prática decisória das autoridades portuguesas, tanto da Autoridade da Concorrência como dos tribunais, cujas decisões se têm revestido de importância determinante na densificação do conteúdo normativo das disposições legais e no preenchimento de conceitos de conteúdo relativamente indeterminado, que só a prática decorrente da respetiva aplicação permite burilar e delimitar com progressivo rigor.

MATTOS FILHO > Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Advogados

Autoridades concorrenciais brasileiras emitem novas regras sobre Contratos Associativos

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) definiu recentemente novas regras para definição dos chamados "contratos associativos" entre empresas, que devem ser submetidos à aprovação do órgão brasileiro de defesa da concorrência, se a operação produzir efeitos (ainda que potenciais) no Brasil e se os grupos envolvidos atingirem os critérios de faturamento previstos na legislação concorrencial brasileira.

A Resolução n.º 17/2016, em vigor desde 24 de novembro de 2016, traz mais clareza ao conceito de "contratos associativos", estabelecendo os seguintes critérios para sua caracterização: (*i*) duração igual ou superior a dois anos; (*ii*) estabelecimento de empreendimento comum para exploração de atividade econômica (*i.e.*, aquisição ou oferta de bens ou serviços com propósito de lucro); (*iii*) compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que será objeto do contrato, e (*iv*) desde que as partes contratantes ou seus respectivos grupos econômicos sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

Acordos com duração inferior a dois anos somente estarão sujeitos à aprovação prévia do CADE se esse prazo for atingido ou ultrapassado, por meio da renovação ou prorrogação do contrato original. Nessa hipótese, os contratos deverão ser notificados antes da renovação ou prorrogação e a continuidade de sua vigência dependerá da aprovação do CADE.

As novas regras representam avanço em relação ao cenário anterior, ao deixar de lado os critérios antigos, que se baseavam em participação de mercado e geravam incertezas, em especial nos casos em que não havia precedentes estabelecendo uma definição precisa de mercado relevante ou disponibilidade de dados para o cálculo dessa participação de mercado.

As novas regras são mais seletivas do que as regras anteriores, eliminando a necessidade de notificar contratos comerciais recorrentes, que resultem puramente em uma relação vertical de fornecimento ou distribuição entre as partes

Acima de tudo, as novas regras são mais seletivas do que as regras anteriores, eliminando a necessidade de notificar contratos comerciais recorrentes, que resultem puramente em uma relação vertical de fornecimento ou distribuição entre as partes. Tais contratos verticais, a rigor, não significam qualquer tipo de associação ou parceria e, muitas vezes, não possuem qualquer relevância do ponto de vista concorrencial.

Até o momento o CADE analisou a Resolução n.º 17/2016 em apenas uma ocasião, no contexto de uma consulta apresentada pela Hamburg Südamerikanische Dampfschifffahrts-Gesellschaft KG, que teve por objeto o exame de eventual obrigatoriedade de notificação ao CADE de um contrato destinado ao aluguel de espaços em navio para colocação de contêineres (*slots*) para transporte internacional porto-a-porto (*Slot Charter Agreement*).

Nesse caso, o CADE chegou a afirmar que a exigência de empreendimento comum contida na Resolução n.º 17/2016 aproximou a figura dos contratos associativos às *joint-ventures* contratuais. Contudo, naquela situação concreta, o *Slot Charter Agreement* não estabelecia um empreendimento comum e nem o compartilhamento dos riscos e resultados, razão pela qual não foi considerado um contrato associativo. Os fatores que foram levados em consideração pelo CADE em sua análise foram: o fato de que as partes (e seus grupos econômicos) continuariam a exercer seus serviços de transporte marítimo de cargas e contêineres de forma independente, ficando cada parte responsável pelo carregamento e pelas taxas de manuseios de seus respectivos contêineres e que não haveria acesso ou troca de informação sensível entre as partes.

www.mattosfilho.com.br

MLGTS LEGAL CIRCLE
INTERNATIONAL TIES WITH THE PORTUGUESE-SPEAKING WORLD

Procurando responder às necessidades dos seus Clientes um pouco por todo o mundo, nomeadamente nos países de expressão portuguesa, a Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva estabeleceu parcerias institucionais com sociedades de advogados líderes de mercado em Angola, Macau (China) e Moçambique.

www.mlgts.pt

LISBOA
Rua Castilho, 165
1070-050 Lisboa
Telefone: (+351) 213 817 400
Fax: (+351) 213 817 499
mlgtslisboa@mlgts.pt

PORTO
Av. da Boavista, 3265 - 5.2
Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto
Telefone: (+351) 226 166 950
Fax: (+351) 226 163 810
mlgtsporto@mlgts.pt

MADEIRA
Avenida Arriaga, 73, 1.º, Sala 113
Edifício Marina Club – 9000-060 Funchal
Telefone: (+351) 291 200 040
Fax: (+351) 291 200 049
mlgtsmadeira@mlgts.pt

em associação

LUANDA, ANGOLA
Angola Legal Circle Advogados

MAPUTO, MOÇAMBIQUE
Mozambique Legal Circle Advogados

MACAU, CHINA
MdME | Lawyers | Private Notary

Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados, Sociedade de Advogados, R.L.

Esta publicação é meramente informativa, não constituindo fonte de aconselhamento jurídico nem contendo uma análise exaustiva de todos os aspetos dos regimes a que se refere. A informação nela contida reporta-se à data da sua divulgação, devendo os leitores procurar aconselhamento jurídico antes de aplicá-la em questões ou operações específicas. Para mais informações, contacte-nos, por favor, através do endereço com.pr@mlgts.pt.

Member LexMundi World Ready